

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

KO § 105; ZPO § 765 a

Zu der Frage der Anwendung des § 765 a ZPO bei der
Eröffnung eines Konkursverfahrens

HäftlingshilfeG § 9; HeimkehrerG §§ 26, 26 a

Vollstreckungsschutz und Vertragshilfe nach diesen
Vorschriften sollen der Wiedereingliederung des Häft-
lings dienen und können daher erst für die Zeit nach
der Entlassung gewährt werden.

BGH, Urt. v. 6. Juni 1977 - III ZR 53/75 - OLG Hamburg
LG Hamburg

112

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 53/75

URTEIL

Verkündet am

6. Juni 1977

Schorm,

Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Herbert F. L. [REDACTED],

[REDACTED]straße [REDACTED], H [REDACTED] [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED] und
[REDACTED] -

g e g e n

die Freie und Hansestadt H [REDACTED], vertreten durch die
Justizbehörde, D [REDACTED] [REDACTED], H [REDACTED] [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Juni 1977 durch die Richter Dr. Krohn, Dr. Tidow, Dr. Peetz, Kröner und Boujong

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 7. März 1975 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Revisionsrechtszuges.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger begehrt festzustellen, daß das beklagte Land ihm wegen der nach seiner Auffassung von zwei Richtern im Zuge von Konkurs- und Zwangsvollstreckungsverfahren begangenen Amtspflichtverletzungen schadensersatzpflichtig ist.

Der Kläger war im Frühjahr 1967 Alleininhaber einer unter seinem Namen betriebenen Maschinenfabrik und Gesellschafter der E [REDACTED] GmbH & Co KG sowie der als offenen Handelsgesellschaft betriebenen Firma O [REDACTED] - und M [REDACTED] Herbert F. L [REDACTED] & Co (im folgenden Ö [REDACTED]).

Am 11. April 1967 wurde der Kläger bei einem Geschäftsbesuch in der DDR verhaftet und am 19. Oktober 1967



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



vom Obersten Gericht der DDR wegen angeblicher Sabotage und Spionage zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe verurteilt. Am 22. November 1967 erteilte er in Ostberlin seiner Ehefrau eine notariell beurkundete Generalvollmacht.

Im März 1968 starb infolge eines Unfalls der einzige Mitgesellschafter des Klägers in der Ö[REDACTED]. Der für seine unbekannten Erben bestellte Nachlaßpfleger beantragte am 24. Juni 1968 bei dem Amtsgericht Hamburg, über das Vermögen der Ö[REDACTED] das Konkursverfahren zu eröffnen. Er führte aus, der Kläger könne die Geschäfte nicht führen, weil er in der DDR zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt worden sei. Der Konkursrichter Dr. He[REDACTED] ließ die Ehefrau des Klägers und als ihren Vertreter Rechtsanwalt Dr. R[REDACTED] zur Anhörung nach § 105 KO laden. Rechtsanwalt Dr. R[REDACTED] bestritt eine Zahlungsunfähigkeit der Ö[REDACTED] und behauptete, mit Hilfe der im Gange befindlichen aussichtsreichen Sanierungsverhandlungen würden die durch die schlechte Geschäftsführung und den plötzlichen Tod des Mitgesellschafters eingetretenen Schwierigkeiten überwunden werden. In dem Anhörungstermin vom 4. Juli 1968 räumte Rechtsanwalt Dr. R[REDACTED] ein, daß die Forderungen der H[REDACTED] Sparkasse - Haspa -, einer Großgläubigerin, z. Zt nicht erfüllt werden könnten. Das Amtsgericht lehnte die Eröffnung des Konkursverfahrens noch am selben Tag ab, weil eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden sei.

Am 10. Juli 1968 vermietete die Ehefrau des Klägers dessen in H[REDACTED], B[REDACTED]straße [REDACTED] gelegenes Grundstück für jährlich 33 600 DM und trat den Anspruch auf den Mietzins

an Rechtsanwalt Dr. R. [REDACTED] zur Tilgung der öffentlichen Abgaben, der Hypothekenzinsen und der sonstigen Forderungen ab. Auf den am 17. Juli 1968 gestellten Antrag der Haspa ordnete das Amtsgericht Hamburg durch den Richter S. [REDACTED] die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung der in H. [REDACTED], Ho. [REDACTED] K. [REDACTED] gelegenen Grundstücke des Klägers an.

Die Haspa beantragte am 26. August 1968 wegen ihrer fälligen Darlehensforderungen in Höhe von zusammen rund 300 000 DM die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Ö. [REDACTED], weil bereits Wechsel zu Protest gegangen seien und der Zwangsverwalter mitgeteilt habe, das Unternehmen könne keine Miete zahlen. Mit Schreiben vom 30. August 1968 und 11. September 1968 stellten zwei weitere Gläubiger Konkursantrag wegen titulierter Forderungen von insgesamt rund 20 000 DM. Richter Dr. He. [REDACTED] zog die Akten über das erste Konkursverfahren bei und ließ der Ehefrau des Klägers und Rechtsanwalt Dr. R. [REDACTED] mitteilen, sie könnten sich zu den Konkursanträgen äußern, z. Zt. sei ihre erneute persönliche Vernehmung nicht beabsichtigt.

Am 17. September 1968 eröffnete das Amtsgericht durch Richter Dr. He. [REDACTED] das Konkursverfahren über das Vermögen des Klägers als dem - nach dem zwischenzeitlichen Ausscheiden der alleinigen Erbin des verstorbenen Mitgesellschafters - nunmehrigen Allein inhaber der Ö. [REDACTED].

Am 9. Mai 1969 ersteigerte der bisherige Mieter das in der B. [REDACTED]straße gelegene Grundstück für ein Meistgebot von 462 000 DM. Im August 1969 wurde das Konkursverfahren

über das Vermögen der B[REDACTED]-GmbH eröffnet. Im September 1969 ersteigerte die Haspa die am Ho[REDACTED] Kamp gelegenen Grundstücke des Klägers für ein Bargebot von 336 000 DM.

Der Kläger wurde am 27. August 1970 aus der Strafhaft entlassen. Auf seinen Antrag bescheinigte ihm das Bezirksamt Ei[REDACTED] am 23. September 1970 nach § 10 Abs. 4 Häftlingshilfegesetz (HHG), daß er in der DDR aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen inhaftiert gewesen sei und ihm nach § 9 HHG die im Heimkehrergesetz (HkG) vorgesehenen Hilfen und Vergünstigungen zustünden.

Das Amtsgericht lehnte den daraufhin gestellten Antrag des Klägers auf Aussetzung des Konkursverfahrens am 7. Dezember 1970 ab. Im Beschwerdeverfahren nahm der Kläger seinen Antrag zurück. Das Amtsgericht wies auch einen weiteren Aussetzungsantrag des Klägers zurück.

Der Kläger hat vorgetragen: Das Konkursverfahren hätte nicht eröffnet werden dürfen. Er sei nicht zahlungsunfähig gewesen. Der Mietzins für das Grundstück B[REDACTED]straße 214 hätte ausgereicht, um die Forderungen der Haspa abzutragen. Wegen ihrer dinglichen Sicherung habe für sie ein schutzwürdiges Interesse an der Eröffnung des Konkursverfahrens gefehlt. Durch Verpachtung der anderen Grundstücke hätten auch die weiteren Gläubiger befriedigt werden können. Der Konkursrichter sei hierauf hingewiesen worden. Er habe die Zahlungsunfähigkeit im Wege eines unzulässigen Säumnisverfahrens nur unterstellt, statt zu prüfen, wie die ihm durch das erste Konkursverfahren bekannt gewordenen Sanierungsversuche ausgegangen seien.

Insbesondere habe der Konkursrichter versäumt, auf die Stellung von Aussetzungs- und Vertragshilfeanträgen nach § 9 HHG in Verbindung mit §§ 26, 26 a HkG sowie nach § 765 a ZPO hinzuwirken. Auch der Vollstreckungsrichter hätte die Stellung solcher Anträge anregen müssen. Die beiden Richter hätten ferner möglichen Willensmängeln bei der Erklärung der Generalvollmacht nachgehen müssen. Die Vollmacht sei ihm unter Anwendung und Androhung von körperlicher Gewalt abgepreßt worden. Man habe ihn damals von Anfang an daran gehindert, irgendwelche Westkontakte aufzunehmen. Wenn die beiden Richter ihren Pflichten nachgekommen wären, hätten sie die Gründe seiner Inhaftierung und die für die Abgabe der Generalvollmacht wesentlichen Umstände erfahren. Er hätte sein Vermögen bei seiner Rückkehr noch vorgefunden, wenn seine besondere Situation angemessen berücksichtigt worden wäre. Jetzt sei er ruiniert. Der Umfang des Schadens sei noch nicht zu übersehen.

Der Kläger hat beantragt, festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, ihm den Schaden zu ersetzen, der ihm durch die Eröffnung des Konkursverfahrens am 17. September 1968 und durch die Anordnung der Zwangsverwaltung am 19. Juli 1968 und die anschließende Zwangsversteigerung der Grundstücke am Ho [REDACTED] K [REDACTED] entstanden sei.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, daß die genannten Richter dem Kläger gegenüber nicht amtspflichtwidrig gehandelt hätten. Außerdem sei dem Kläger durch die gerichtlichen Maßnahmen kein Schaden entstanden. Dazu hat sie vorgetragen: Die Bilanz der Ö [REDACTED] habe per 31. März 1967 bereits ein Minuskapital des Klägers von 296 000 DM und seines Gesellschafters von rund 41 000 DM

ausgewiesen. Schon im Jahre 1967 sei es zu Wechselprotesten gekommen. Auch aus einer am 24. August 1967 zwischen der Ehefrau des Klägers und ihrer Mutter geschlossenen Vereinbarung folge, daß der Kläger seine fälligen Verbindlichkeiten schon im Jahre 1967 nicht mehr habe erfüllen können. Außerdem erhebt sie die Einrede der Verjährung.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt der Kläger den Klagantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet.

1. Das Berufungsgericht hat die nach seiner Auffassung zutreffenden Ausführungen des Landgerichts zur Zahlungsunfähigkeit des Klägers und zu dem Rechtsschutzbedürfnis der Haspa als der antragstellenden Gläubigerin an der Eröffnung des Konkursverfahrens in dem angefochtenen Urteil in Bezug genommen.

Die Revision rügt, eine solche Bezugnahme könne eigene Entscheidungsgründe nicht ersetzen, zumal der Kläger in der Berufungsbegründung zu erkennen gegeben habe, daß er die Entscheidung des Landgerichts nicht hinnehmen, sondern sein Klageziel mit bisher noch nicht vorgetragenen Gründen erreichen wolle.

Damit legt die Revision einen verfahrensrechtlichen Fehler des Berufungsgerichts, insbesondere einen Verstoß gegen § 551 Nr. 7 ZPO nicht dar.

Eine Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils ist zwar bislang nur ausnahmsweise statthaft (vergleiche für die Zeit nach dem 1. Juli 1977 § 543 ZPO in der dann geltenden Fassung). Ein Berufungsurteil genügt aber auch nach dem gegenwärtigen Rechtszustand den Vorschriften der §§ 523, 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO, wenn die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils, auf das verwiesen wird, das erstinstanzliche Parteivorbringen ausschöpfen und von der Berufung nicht in Frage gestellt werden (BAG NJW 1970, 812, 813; vgl. auch BGHZ 39, 333, 345 f; BGH LM PatG § 41 p Nr. 20 und Stein/Jonas/Grunsky ZPO 19. Aufl. § 551 Anm. II 7 c m. w. Nachw.). Das Berufungsgericht hat gegen diese Grundsätze nicht verstoßen.

Es ist auch nach dem Vorbringen der Revision nicht ersichtlich, daß das Landgericht wesentliche Einwendungen des Klägers gegen seine Zahlungsunfähigkeit und gegen ein Bedürfnis der Haspa nach Rechtsschutz in Gestalt eines Konkursverfahrens ungewürdigt gelassen hat.

Entgegen der Meinung der Revision fehlt es in dem angefochtenen Urteil auch nicht an einer im Revisionsverfahren überprüfbaren Auseinandersetzung des Berufungsgerichts mit dem Vorbringen des Klägers im Berufungsrechtzug. Nach § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO hatte der Kläger die Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe) im einzelnen anzuführen und bestimmt zu bezeichnen. Zu den hier interes-

sierenden Voraussetzungen der Eröffnung eines Konkursverfahrens hat sich der Kläger in der Berufungsbegründung auf eine Bezugnahme auf das bisherige Vorbringen beschränkt. Dann aber genügte eine Verweisung auf die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils.

2. a) Auf die von der Revision aufgegriffenen Bedenken des Klägers gegen ein Rechtsschutzbedürfnis der Haspa an der Eröffnung des Konkursverfahrens wegen ihrer dinglichen Sicherung und der von ihr betriebenen Zwangsvollstreckung in die Grundstücke Am Holsteinischen Kamp 59/61 (vgl. dazu Schleswig-Holsteinisches OLG NJW 1951, 119; Jäger/Weber KO 8. Aufl. § 103 Rdn. 6; Böhle/Stamschräder KO 12. Aufl. § 105 Anm. 4) braucht nicht weiter eingegangen zu werden; denn der Konkursrichter hätte stets die ihm zur Zeit der Konkurseröffnung ebenfalls vorliegenden Anträge der beiden weiteren Gläubiger zulassen müssen. Daß insoweit ein Rechtsschutzbedürfnis bestand, ist nie in Frage gestellt worden. Anhaltspunkte für Zweifel in dieser Hinsicht sind auch nicht ersichtlich.

b) Entgegen der Meinung der Revision hätte der Konkursrichter die Anträge nicht mangels Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit als unzulässig abweisen müssen.

Nach § 105 KO muß der Gläubiger allerdings die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners glaubhaft machen. Zur Glaubhaftmachung genügen nach § 294 ZPO in Verbindung mit § 72 KO alle Beweismittel. Die Stellungnahme Rechtsanwalt Dr. R. [REDACTED] zur Fälligkeit und Erfüllungbarkeit der Forderung der Haspa ergab sich aus der

vom Konkursrichter herangezogenen Akte über das vorausgegangene Eröffnungsverfahren, bedurfte also keiner weiteren Begründung. Darüber hinaus hatte die Haspa als antragstellende Gläubigerin auch ein Schreiben des Zwangsverwalters beigelegt, aus dem folgte, daß die Ölmeß nicht in der Lage war, Miete zu zahlen. Die anderen beiden antragstellenden Gläubiger hatten die von ihnen erwirkten Bescheinigungen über die Fruchtlosigkeit der von ihnen betriebenen Zwangsvollstreckung und damit ebenfalls zur Glaubhaftmachung einer Zahlungsunfähigkeit des Klägers geeignete Unterlagen vorgelegt.

3. Nach § 105 Abs. 2 KO muß das Gericht den Schuldner hören, bevor es nach der Zulassung des Antrags über die Eröffnung des Verfahrens beschließt und, falls der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung nicht einräumt, die erforderlichen Ermittlungen einstellen.

a) Da das Berufungsgericht die Ausführungen des Landgerichts über die Anhörung der Ehefrau des Klägers als dessen Generalbevollmächtigte in Bezug genommen und damit zu einem Bestandteil seiner Entscheidungsgründe gemacht hat, geht die Rüge der Revision ins Leere, das Berufungsgericht hätte prüfen müssen, ob der Konkursrichter von einer Anhörung des Klägers habe absehen können.

b) Eine andere Frage ist es, ob das Amtsgericht den Kläger im Wege der interlokalen Rechtshilfe hätte persönlich hören müssen, wie die Revision meint.

Nach § 105 Abs. 3 KO kann die Anhörung des Schuldners unterbleiben, wenn sie eine Zustellung im Ausland erfordert; in diesem Fall ist, soweit tunlich, ein Vertreter oder Angehöriger des Schuldners zu hören. Es braucht nicht erörtert zu werden, ob diese Vorschrift entsprechend angewendet werden kann, wenn ein Schuldner in der DDR inhaftiert ist (vgl. zur örtlichen Geltung des Zivilprozeßrechts die Nachw. bei Baumbach/Lauterbach, Albers/Hartmann ZPO 35. Aufl. Einl. III 8 B). Denn die Konkursordnung schreibt eine mündliche und persönliche Anhörung des Schuldners nicht vor. Er hat auch nicht das Recht, bei der Eröffnung des Verfahrens anwesend oder vertreten zu sein. Es genügt vielmehr die schriftliche Anhörung des Schuldners oder eines geeigneten Vertreters, es sei denn, die persönliche Anhörung des Schuldners ist zur Aufklärung des Sachverhalts erforderlich (Jäger/Weber aaO § 73 Rdn. 3, § 105 Rdn. 2).

An dem letztgenannten Anhörungsgrund fehlt es schon deshalb, weil auch die Revision nicht darlegt, daß der Kläger bei einer persönlichen Anhörung die Behauptungen der Gläubiger über die Höhe ihrer Forderungen, deren Fälligkeit und seine Zahlungsunfähigkeit hätte entkräften und dadurch eine Eröffnung des Konkurses abwenden können.

c) Weitergehende Anhörungsrechte des Schuldners folgen auch nicht aus Art. 103 Abs. 1 GG. Diese Vorschrift gewährleistet, daß ein Verfahrensbeteiligter Gelegenheit erhält, sich zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt vor Erlaß der Entscheidung zu äußern und Anträge zu stellen (vgl. die Nachw. bei Mentzel/Kuhn KO 8. Aufl. § 73 Rdn. 2).

Entgegen der Meinung der Revision konnte der Konkursrichter die Ehefrau des Klägers als durch die Generalvollmacht zu seiner Vertretung legitimiert ansehen.

Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß dem Konkursrichter nicht etwa deshalb Zweifel an der Rechtswirksamkeit der Generalvollmacht kommen mußten, weil ihm aus dem vorangegangenen Eröffnungsverfahren bekannt war, daß der Kläger nach den Angaben des Rechtsanwalts seiner Ehefrau aus politischen Gründen in der DDR inhaftiert war. Es liegt ganz allgemein unabhängig von dem Grund einer Inhaftierung nahe, daß Strafgefangene, insbesondere wenn sie voraussichtlich für lange Zeit inhaftiert werden, einen Dritten, regelmäßig einen nahen Angehörigen, möglichst weitgehend mit ihrer Vertretung betrauen. Das gilt insbesondere für Geschäftsleute, bei denen ein Bedürfnis nach einer Vertretung im allgemeinen noch stärker als bei Privatleuten besteht. Unter diesen Umständen hatte der Konkursrichter, wie das Berufungsgericht rechtsbedenkenfrei angenommen hat, keinen Anlaß, allein aus der Tatsache, daß die Generalvollmacht von einem nach dem Vortrag seiner Vertreter aus politischen Gründen Verurteilten erteilt worden war, zu folgern, sie könne dem Kläger abgepreßt worden sein. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß der Kläger die Erteilung der Generalvollmacht angefochten hat. Außerdem hat die Ehefrau des Klägers - von ihm unbeanstandet - bei der Vermietung des einen Grundstücks von der Vollmacht Gebrauch gemacht.

Der Revision kann auch nicht darin gefolgt werden, daß der Konkursrichter insbesondere wegen des Schweigens der Ehefrau des Klägers auf die ihr übermittelten Konkursanträge hätte klären müssen, ob sich die Generalvollmacht

auch auf die Vertretung des Klägers in einem ihm bei Erteilung der Generalvollmacht unbekannten und von ihm nicht vorhergesehenen Konkursverfahren habe erstrecken sollen. Angesichts der weiten Fassung der ausdrücklich über den Tod hinaus erteilten Vollmacht ("Ich erteile ... Generalvollmacht, mich in allen gerichtlichen und außergerichtlichen Angelegenheiten zu vertreten, in denen Stellvertretung möglich und zulässig ist") konnte das Berufungsgericht davon ausgehen, daß die Ehefrau des Klägers ganz allgemein zu seiner Vertretung bevollmächtigt sei.

Die Rüge der Revision, die Rechtsanwalt Dr. R. [REDACTED] von der Ehefrau des Klägers erteilte Vollmacht sei mit der Beendigung des vorausgegangenen Eröffnungsverfahrens erlöschen, Dr. R. [REDACTED] habe daher zu den im zweiten Konkursverfahren gestellten Anträgen nicht mehr gehört werden dürfen, ist unerheblich, weil auch die Ehefrau des Klägers Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten hat und im übrigen auch deshalb unbegründet, weil der Konkursrichter davon ausgehen konnte, die Ehefrau des Klägers habe Rechtsanwalt Dr. R. [REDACTED] nicht nur mit der Vertretung in einem bestimmten Konkursverfahren, sondern allgemein mit der anwaltlichen Beratung bei der ihr übertragenen Vertretung des Klägers betraut. Das ergibt der Wortlaut seines Schreibens vom 27. Juni 1968, gegen dessen Richtigkeit die Revision Einwendungen nicht erhebt.

d) Wenn aber die Ehefrau des Klägers seine Interessen mit Hilfe der ihr erteilten Generalvollmacht ausreichend wahrnehmen konnte, bestand für das Amtsgericht, anders als die Revision meint, kein Anlaß, auf die Ein-

richtung einer Abwesenheitspflegschaft nach § 1911 BGB und § 10 Zuständigkeitsergänzungsgesetz hinzuwirken.

Beide Vorschriften setzen das Bestehen eines Fürsorgebedürfnisses voraus (Palandt/Diederichsen BGB 36. Aufl. § 1911 Anm. 2 b und Anhang nach § 1911 Anm. 2). Daran fehlt es regelmäßig, wenn der Abwesende durch Erteilung einer Vollmacht selbst für seine Angelegenheiten hat sorgen können (vgl. § 1911 Abs. 1 Satz 2 BGB), es sei denn, diese Vollmacht oder der ihr zugrunde liegende Auftrag ist widerrufen worden. Dahin gehende Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Es ist ferner auch nach dem Vorbringen der Revision nicht ersichtlich, welche Maßnahmen ein Abwesenheitspfleger besser als die Ehefrau des Klägers hätte treffen können.

Ferner hatte die Ehefrau des Klägers durch die Beauftragung eines auch tatsächlich tätig gewordenen Rechtsanwalts in dem vorausgegangenen Eröffnungsverfahren zum Ausdruck gebracht, daß sie gewillt war, die Interessen des Klägers wahrzunehmen. Wenn sie und der von ihr herangezogene Anwalt sich in dem zweiten Konkursverfahren nicht äußerten, machten sie damit nicht "ersichtlich", wie die Revision meint, daß die Ehefrau des Klägers nicht in der Lage war, sachgerecht für ihn zu handeln. Ihr Schweigen konnte vielmehr durchaus dahin verstanden werden, daß sie es angesichts der unstreitig fehlgeschlagenen Bemühungen um eine Sanierung für zwecklos hielt, sich zu den Anträgen zu äußern. Auch unter diesem Gesichtspunkt mußte der Konkursrichter daher nicht auf die Einrichtung einer Pflegschaft hinwirken.

e) Der Konkursrichter brauchte nicht neben dem Kläger bzw. dessen Vertretern weitere Gesellschafter der Ö. zu hören. Die Anträge der Gläubiger richteten sich zwar entweder ausschließlich oder auch gegen dieses Unternehmen, das ursprünglich als offene Handelsgesellschaft betrieben worden war.

Bei einer offenen Handelsgesellschaft sind Träger der Gemeinschaftnerrolle nach § 209 KO alle Gesellschafter (BGHZ 34, 293, 297; Böhle/Stamschräder aaO § 209 Anm. 4). Als Schuldner müssen deshalb im Eröffnungsverfahren nach § 105 Abs. 2 KO grundsätzlich stets alle Gesellschafter gehört werden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war aber vor Eröffnung des Verfahrens die alleinige Erbin des einzigen Gesellschafters des Klägers aus der Gesellschaft ausgeschieden, so daß diese zum Einzelunternehmen des Klägers geworden war.

4. Das Berufungsgericht hat die vom Landgericht vertretene Auffassung gebilligt, der Konkursrichter habe bei der Eröffnung des Konkursverfahrens von einer Zahlungsunfähigkeit des Klägers ausgehen können.

Die von der Revision hiergegen erhobenen Angriffe bleiben erfolglos.

a) Allerdings haben sich die Ehefrau des Klägers und Rechtsanwalt Dr. R. zu den Anträgen auf Eröffnung des später eröffneten Konkursverfahrens nicht geäußert. Das Gericht konnte daraus nicht etwa folgern, die Zahlungsunfähigkeit des Klägers werde eingeräumt. Ferner hatte Rechtsanwalt Dr. R. in dem vorangegangenen Verfahren auf Sanierungsversuche hingewiesen. Allein deshalb aber waren weitere Ermittlungen noch nicht geboten.

b) Wenn ein Gemeinschuldner seine Zahlungsunfähigkeit bestreitet, muß das Gericht nach § 105 Abs. 2 KO die erforderlichen Ermittlungen anordnen. Wegen der wirtschaftlichen Tragweite der Entscheidung über die Eröffnung des Konkursverfahrens kann es sich in der Regel von der Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung nur aufgrund einer vollständigen und geordneten Übersicht über das Vermögen des Schuldners überzeugen (Senatsurteil LM BGB § 839 (Fi) Nr. 4). Der Konkursrichter verletzt die ihn treffende Sorgfaltspflicht jedoch nicht, wenn er von der Vorlegung einer solchen Vermögensübersicht deshalb absieht, weil er auch ohne sie schon die notwendige Überzeugung gewonnen hat. Das war hier der Fall. Aus den von den drei antragstellenden Gläubigern vorgelegten Unterlagen und den in dem vorangegangenen Verfahren angestellten Ermittlungen ergab sich, daß der Kläger, der nach dem Tod des einzigen Gesellschafters und dem Ausscheiden der Erbin aus der Gesellschaft Alleininhaber des Unternehmens geworden war, die erheblichen Forderungen dieser Gläubiger nicht erfüllen konnte. Unter diesen Umständen mußte das Schweigen der Vertreter des Klägers den Konkursrichter nicht veranlassen, weitere Ermittlungen über seine Zahlungsfähigkeit anzustellen.

c) Entgegen der Meinung der Revision hat das Berufungsgericht den Begriff der Zahlungsunfähigkeit nicht verkannt. Sie ist das auf dem Fehlen an Zahlungsmitteln beruhende andauernde Unvermögen des Schuldners, seine sofort zu erfüllenden Geldschulden noch im wesentlichen zu berichtigen (BGH LM BGB § 839 (Fi) Nr. 4 m.w.Nachw.).

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts lagen diese Voraussetzungen und nicht nur eine vorübergehende

Zahlungsstockung bei dem Kläger vor. Er hatte weder die unstreitig fälligen Forderungen der Haspa noch die der beiden weiteren antragstellenden Gläubiger befriedigen können. Auf die Bemühungen um eine Sanierung kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Es kann unterstellt werden, wie die Beklagte in der Revisionserwiderung mit Recht ausführt, daß der Kläger seine Gläubiger durch eine geschickte Verwertung seiner Grundstücke möglicherweise allmählich hätte befriedigen können. Ein Schuldner kann auch dann zahlungsunfähig sein, wenn seine Aktiven die Passiven übersteigen (Jäger/Lent aaO § 30 Rdn. 5).

d) Unter diesen Umständen war das Berufungsgericht entgegen der Meinung der Revision nicht gehalten, dem Antrag des Klägers zu folgen und einen Sachverständigen darüber zu hören, daß er bei Konkurseröffnung nicht zahlungsunfähig gewesen sei. Auch auf die von den Gläubigern zur Glaubhaftmachung einer Zahlungsunfähigkeit des Klägers weiter genannten Wechselproteste braucht danach nicht mehr eingegangen zu werden.

5. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts brauchten der Konkursrichter und auch der Vollstreckungsrichter den Kläger nicht auf die Stellung von Vollstreckungsschutzanträgen insbesondere nach dem Häftlingshilfegesetz und dem Heimkehrergesetz hinzuweisen. Im Ergebnis sind hiergegen aus Rechtsgründen Bedenken nicht zu erheben.

a) Anträge nach dem Häftlingshilfegesetz in Verbindung mit den Vorschriften des Heimkehrergesetzes waren schon deshalb nicht anzuregen, weil deren Vorschriften dem Kläger keine für eine Abwendung eines Konkurses geeigneten Ansprüche verschafften.

Der Kläger ist zwar nach seiner Entlassung als Berechtigter im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 9 Abs. 1 HHG i.d.F. vom 29. September 1969 (BGBl I S. 1793) anerkannt worden. Nach § 9 Abs. 1 HHG erhalten Berechtigte, die insgesamt mehr als drei Monate (mehr als 12 Monate nach der im Jahre 1968 geltenden Fassung vom 25. Juli 1960, BGBl I S. 579) in Gewahrsam gehalten wurden und innerhalb von sechs Monaten nach der Entlassung ihren Wohnsitz im Geltungsbereich des Gesetzes genommen haben oder nehmen, in entsprechender Anwendung des Heimkehrergesetzes die dort vorgesehenen Hilfen und Vergünstigungen. Nach § 26 HkG kann einem Heimkehrer auf Antrag Vollstreckungsschutz längstens auf die Dauer von fünf Jahren nach der Heimkehr gewährt werden. Nach § 26 a HkG können auf Antrag während der Dauer der Freiheitsentziehung fällig gewordene wiederkehrende Leistungen im Wege richterlicher Vertragshilfe gestundet, herabgesetzt oder erlassen werden, wenn und soweit die fristgemäße, die volle oder die teilweise Leistung dem Heimkehrer nicht zugemutet werden können.

Danach können Vollstreckungsschutz und Vertragshilfe nur für die Zeit nach der Entlassung gewährt werden, wie das Berufungsgericht rechtsbedenkenfrei angenommen hat. Die Vorschriften dienen der Wiedereingliederung des ehemaligen Häftlings. Er soll ebenso wie ein heimgekehrter Kriegsgefangener seine Angelegenheiten in Ruhe ordnen und einen Arbeitsplatz finden können, ohne dabei durch Vollstreckungsmaßnahmen seiner Gläubiger behindert zu werden, soweit dies mit dem berechtigten Schutzbedürfnis des Gläubigers vereinbar ist.

Eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften auf die Zeit des Gewahrsams kommt nicht in Betracht, schon

weil ein Vollstreckungsschutz für die während der möglicherweise in ihrer Länge nicht absehbaren Haftdauer gegenüber dem Gläubiger nicht verantwortet werden könnte. Es liegt auch keine ungewollte Lücke im Gesetz vor. Der Gesetzgeber hat die Vertragshilfe auch auf Leistungen erstreckt, die während der Zeit der Gefangenschaft fällig geworden sind. Ferner sieht § 8 HHG Unterhaltsbeihilfe für Angehörige während der Dauer der Inhaftierung vor.

Ob eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften für einen Zeitraum vor der Entlassung in Betracht kommt, wenn schon feststeht, daß der Häftling entlassen werden wird, ist nicht zu entscheiden, weil ein solcher Sachverhalt nicht gegeben ist. Eine allgemeine Erstreckung der Vorschriften des § 9 HHG i.V. mit § 26 HkG auf die Zeit der Inhaftierung ist jedenfalls mit dem Sinn der Vorschrift nicht vereinbar. Es kann daher offen bleiben, ob § 26 HkG überhaupt im Konkursverfahren gilt oder ob sich seine Anwendung auf Einzelvollstreckungsverfahren beschränkt (so Jäger/Weber aaO § 105 Rdn. 7; Mentzel/Kuhn aaO § 105 Rdn. 8).

b) Das Berufungsgericht hat gemeint, der Konkursrichter habe die Vertreter des Klägers nicht nach § 139 ZPO auf die Stellung eines Vollstreckungsschutzantrages nach § 765 a ZPO hinweisen und insoweit klären müssen, ob ein solcher Antrag gestellt werden soll, weil er davon habe ausgehen können, daß der rechtskundig beratene Kläger sein Vorbringen nach Prüfung der Rechtslage "wohlüberlegt auf das Vorgebrachte" beschränkt habe.

Das Berufungsgericht hat danach die dem Gericht nach § 139 ZPO obliegenden Aufgaben nicht ganz richtig

gesehen. Das ist der Revision zuzugeben. Auch in einem Anwaltsprozeß kann der Vorsitzende nach § 139 ZPO zu dem Hinweis verpflichtet sein, zu prüfen, ob das bisherige Vorbringen ergänzt oder ob ein Antrag zusätzlich gestellt werden soll (vgl. die Nachweise bei Schneider, MDR 1968, 721, 722). § 139 ZPO gilt sowohl für den Partei- als auch für den Anwaltsprozeß. Bei einer rechtskundig beratenen Partei ist allerdings vielfach anders als im Parteiprozeß eine Rückfrage oder Anregung entbehrlich, weil der Vorsitzende annehmen kann, daß die in Betracht kommende Frage bereits von dem Rechtsanwalt mit seinem Mandanten erörtert sein wird. Kommt aber in Betracht, daß der zum Prozeßbevollmächtigten bestellte Rechtsanwalt etwas übersehen und deshalb den Sachverhalt unvollständig vorgetragen oder einen sachdienlichen Antrag nicht gestellt hat, muß der Richter - unter Wahrung des Verhandlungsgrundsatzes und der Unparteilichkeit - auch bei einer anwaltlich beratenen Partei diese Unklarheit durch eine Rückfrage klären (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann aaO § 139 Anm. 2 A; Schneider, MDR 1968, 721, 722; BVerfGE 42, 64, 78). Diese Grundsätze gelten sinngemäß nach § 72 KO auch für das Konkursverfahren (Jäger/Weber aaO § 72 Rdn. 3; Böhle/Stamschräder aaO § 72 Anm. 2).

Im Ergebnis hat das Berufungsgericht allerdings rechtsbedenkenfrei eine Hinweispflicht des Konkursrichters verneint. Sowohl das Vorbringen der Ehefrau des Klägers und ihres Vertreters in dem vorangegangenen Konkursverfahren als auch das Vorbringen der antragstellenden Gläubiger im zweiten Konkursverfahren ließen nicht erkennen, daß eine der von der Revision genannten Möglichkeiten zur Abwendung des Konkursverfahrens (Vergleichs-

verfahren oder Vollstreckungsschutzverfahren) in Betracht kamen. Für den Konkursrichter bestand daher kein Anlaß, insoweit nach §§ 75, 105 KO Ermittlungen anzustellen und in diesem Rahmen die Vertreter des Klägers zu einer vervollständigung ihres bisherigen Vorbringens anzuhalten.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts fehlt jeder Anhalt dafür, daß der Kläger in der Lage war, die Eröffnung eines Konkursverfahrens durch ein gerichtliche Vergleichsverfahren abzuwenden. Auch die Revision behauptet nicht, daß insoweit wesentliches Vorbringen des Klägers unberücksichtigt geblieben ist.

Der Konkursrichter hatte ferner keinen Anlaß, auf die Stellung eines Vollstreckungsschutzantrages hinzuwirken.

Dabei wird davon ausgegangen, daß eine entsprechend Anwendung von § 765 a ZPO jedenfalls im Eröffnungsverfahren eines Konkurses nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist. Die Vorschriften der §§ 703 ff ZPO sind allerdings im Konkursverfahren nur anwendbar, soweit nicht seine Eigenart als Gesamtvollstreckung entgegensteht (Jäger/Weber aaO § 72 Rdn. 5, § 105 Rdn. 7). Im Eröffnungsverfahren stehen sich aber der antragstellende Gläubiger und der Schuldner ähnlich wie bei einer Einzelvollstreckung gegenüber. Ihre Rechtsbeziehungen zueinander sind entscheidend. Es kommt allein auf das Rechtsschutzbedürfnis des antragstellenden Gläubigers an der Eröffnung des Konkurses und nicht auf die Interessen der übrigen Gläubiger an (Mentzel/Kuhn aaO § 105 Anm. 6).

Es läßt sich auch nicht von vornherein ausschließen, daß ein Schuldner im Eröffnungsverfahren auf die Rechtsbehelfe nach § 765 a ZPO angewiesen ist. Die Eröffnung eines Konkursverfahrens kann auch unter Berücksichtigung aller schützenswerten Interessen des Gläubigers ausnahmsweise für einen etwa vorübergehend an der Wahrnehmung seiner Interessen verhinderten Schuldner eine ganz besondere Härte bedeuten, die mit den guten Sitten nicht vereinbar ist (Böhle/Stamschräder aaO § 105 Anm. 5; Jonas/Pohle, Zwangsvollstreckungsnotrecht 16. Aufl. S. 33; vgl. zum Vollstreckungsmissbrauch RGZ 161, 262). Ein einstweiliges Hinausschieben der Eröffnung des Konkursverfahrens kann dann als Hilfsmaßnahme für den Schuldner in Betracht kommen.

Nach dem ihm vorliegenden Sachverhalt hatte der Konkursrichter hier jedoch keinen Anlaß, diesen Fragen nachzugehen. Es ist zwar denkbar, daß die Eröffnung des Konkursverfahrens für einen Schuldner wegen seiner Inhaftierung zu einer ganz besonderen Härte führt. Die Inhaftierung allein kann aber nicht ausreichen. Es muß vielmehr erwartet werden können, daß der Schuldner bei einer einstweiligen Verschonung mit Zwangsmaßnahmen voraussichtlich in der Lage sein wird, die Eröffnung des Konkurses noch abzuwenden. Andernfalls würde das Schutzbedürfnis des Gläubigers unverhältnismäßig vernachlässigt werden.

Der Konkursrichter hatte keinerlei Anhalt dafür, daß der Kläger alsbald wieder in der Lage sein werde, seinen Geschäften nachzugehen und insbesondere dann auch

seine Gläubiger zu befriedigen. Der Kläger war zu einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe verurteilt worden. Eine Besserung der geschäftlichen Verhältnisse war nicht zu erwarten, da gerade die Inhaftierung des Klägers und der Tod des Mitgesellschafters mindestens wesentlich zu dem wirtschaftlichen Zusammenbruch beigetragen hatten. Rechtsanwalt Dr. R. [REDACTED] hatte zwar erwähnt, daß der Kläger aus politischen Gründen inhaftiert sei. Das ersetzte aber nicht konkrete Anhaltspunkte dafür, daß der Kläger alsbald entlassen werde. Der Konkursrichter konnte im übrigen annehmen, daß die Ehefrau des Klägers solche Tatsachen alsbald mitteilen würde. Der Kläger hat dies auch erkannt und in der Berufungsbegründung vorgetragen, der Konkursrichter hätte berücksichtigen müssen, daß in der DDR zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe Verurteilte häufig schon nach wenigen Jahren, insbesondere mit Hilfe der Bundesregierung, vorzeitig entlassen würden. Diese bloße Möglichkeit konnte der Konkursrichter jedoch nicht zum Anlaß nehmen, die Eröffnung des Konkursverfahrens, dessen Voraussetzungen im übrigen erfüllt waren, auszusetzen. Ein Schluß des Schuldners nach § 765 a ZPO kommt nur bei einem krassem Mißverhältnis der für und gegen eine Vollstreckung sprechenden Interessen in Betracht. Die Umstände müssen klar und eindeutig zugunsten des Schuldners sprechen (Jonas/Pohle aaO S. 34 f).

6. Für die Einleitung eines Vollstreckungsverfahrens gelten, wie auch die Revision nicht verkennet, zur Abwägung des Schutzbedürfnisses von Gläubiger und Schuldner im Ergebnis dieselben Grundsätze wie **für die Konkursöffnung**. Es genügt daher insoweit eine Bezugnahme auf die bereits gemachten Ausführungen, insbesondere unter Nr. 5 zum Vollstreckungsschutz.

7. Die Revision war daher zurückzuweisen.

Krohn

Dr. Tidow

Dr. Peetz

Kröner

Boujong